

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 211-235

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.716

La acusación alternativa en el Código Procesal Penal peruano: retos y vicisitudes

Alternative indictment in the Peruvian Criminal
Procedural Code: Challenges and difficulties

Acusação alternativa no Código de Processo Penal
Peruano: Desafios e adversidades



MARCELO ALEJANDRO FERNANDEZ VASQUEZ

Ministerio Público

(Callao, Perú)

Contacto: mfernandezv@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9212-1384>

RESUMEN

La acusación alternativa se encuentra regulada en el actual Código Procesal Penal peruano de 2004 como parte de las facultades discrecionales e inherentes del Ministerio Público como titular de la acción penal y director de la investigación. Su uso se ha acrecentado en los procesos penales complejos e hipercomplejos, en los cuales el representante del Ministerio Público postula más de una calificación penal para el hecho objeto del proceso, generando

controversias en su utilización y su aplicación, tanto para el Ministerio Público como para la defensa. En ese sentido, el presente artículo de investigación analizará y profundizará sobre la naturaleza y los fines de la acusación alternativa, sobre la vulneración o no de los derechos del imputado ante la utilización de esta figura, su empleo en las medidas cautelares personales, entre otros aspectos más.

Palabras clave: acusación alternativa; proceso penal; Ministerio Público.

Términos de indización: derecho penal; ministerio; sanción penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The alternative indictment is regulated in the current Peruvian Criminal Procedural Code of 2004 as part of the discretionary and inherent powers of the Government Attorney General's Office as the operator of the criminal action and head of the investigation. Its use has increased in complex and hypercomplex criminal proceedings, in which the representative of the Government Attorney General's Office applies more than one charge for the fact being prosecuted, creating issues in its use and application, both for the Government Attorney General's Office and for the defense. In this sense, this research will analyze and delve into the nature and purposes of alternative indictment, the infringement or not of the rights of the defendant when using this option, its use in personal preliminary injunctions, among other aspects.

Key words: alternative indictment; criminal proceedings; Government Attorney General's Office.

Indexing terms: criminal law; government departments; penal sanctions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A acusação alternativa está regulamentada no atual Código de Processo Penal peruano de 2004 como parte dos poderes discricionários e inerentes do Ministério Público como titular da ação penal e diretor da investigação criminal. A sua utilização aumentou nos processos-crimes complexos e hiper complexos, nos que o representante do Ministério Público pede mais de uma qualificação criminal para o fato que é objeto do processo, gerando controversas na sua utilização e aplicação, tanto para o Ministério Público quanto para a defesa. Nesse sentido, o presente artigo de investigação analisará e aprofundará a natureza e a finalidade da acusação alternativa, sobre a vulneração o não dos direitos do indiciado perante o uso desta figura, sua utilização em medidas cautelares pessoais, entre outros aspectos mais.

Palavras-chave: acusação alternativa; processo-crime; Ministério Público.

Termos de indexação: direito penal; ministério; sanção penal (Fonte: Tesouro Unesco).

Recibido: 13/03/2023

Revisado: 25/04/2023

Aceptado: 30/05/2023

Publicado en línea: 14/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

Revisores del artículo:

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaengt@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

Javier Alejandro Neyra Villanueva (Universidad Ricardo Palma, Perú)

javier.neyra@urp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4644-5008>

1. INTROITO

La acusación alternativa o también conocida como calificación alternativa se encuentra regulada en el artículo 349, numeral 3, del Código Procesal peruano de 2004, y prescribe, en líneas generales, que el Ministerio Público podrá incorporar en su acusación una tipificación penal alternativa, diferente a la calificación jurídica principal, cuando los hechos objeto de proceso así lo permitan. Esta institución procesal no fue regulada en el Perú en el Código de Procedimientos Penales de 1940 ni en el Código Procesal Penal de 1991, pero sí en el plano internacional, a través del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1989, que sirvió como base para los nuevos sistemas procesales acusatorios de Latinoamérica.

Estos tipos de acusaciones generalmente son utilizados en casos penales complejos o hipercomplejos, como lo son, por ejemplo, las investigaciones fiscales por delitos de corrupción de funcionarios, crimen organizado, lavado de activos, delitos tributarios, etc., ya que al tratarse de hechos sumamente densos que requerirán de una gran cantidad de actos de investigación (documentales, testimoniales y periciales) para lograr determinar la realidad delictiva del hecho, se necesitará manejar hipótesis delictivas alternas a fin de evitar la impunidad del caso ante una errónea calificación jurídica. La institución procesal de la acusación alternativa cuenta mayoritariamente con aceptación en la doctrina procesal penal, como por ejemplo los autores peruanos Del Río (2010), Sánchez (2009) y Arbulú (2015), o los autores argentinos Maier (2004) y Gimeno (2012); así como su regulación en las legislaciones procesales de países como Argentina, Chile, Guatemala, Costa Rica, El Salvador y República Dominicana. En cambio, otro sector de la doctrina como Arana y Bernabé (2016), De Luca (2010), Lucana (2018) y Iuspa (2015) se oponen a la utilización de esta alternativa en la calificación jurídica, pues demostraría la falta de decisión o seriedad en la acusación por parte del Ministerio Público, y no

garantizaría realmente el derecho de defensa de los acusados, así como tampoco una congruencia procesal en la pretensión del Ministerio Público.

El sistema acusatorio que rige el actual sistema procesal penal peruano ha traído consigo como una de sus principales innovaciones el principio acusatorio, que significa una división de funciones en los operadores de justicia que intervienen en el proceso penal, pues ahora el representante del Ministerio Público será el titular de la acción penal y el director de la investigación. Mientras que el juez del Poder Judicial se encargará de tener una doble participación en el proceso, primero como juez de garantías para toda la etapa de investigación preparatoria formalizada y, a la vez, como juez de saneamiento de la etapa intermedia; y, segundo, como juez deliberador del proceso, a través de una sentencia, después de un juicio oral. De acuerdo con Armenta (1998), «el principio acusatorio se ha convertido en elemento recurrente cuya apelación resulta común y frecuente en todas las recientes reformas procesales» (p. 216).

A estas funciones asumidas por el Ministerio Público, que antes no tenía a gran escala en el Código de Procedimientos Penales de 1940, se le suma que, como titular único de la acción penal pública, debe establecer los hechos que se investigarán, la calificación jurídica de toda la investigación fiscal, tanto preliminar como preparatoria formalizada, y los actos de investigación de cargo y de descargo; todo ello a fin garantizar una imputación de cargos adecuada para que el investigado se pueda defender apropiadamente. Para San Martín (2020), el fiscal, «como conductor de la investigación preparatoria, de un lado permite acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal y de otro simplificar y dinamizar la tarea de investigación» (p. 255). En ese contexto, la acusación alternativa es una facultad discrecional absoluta del representante del Ministerio Público en relación con sus potestades inherentes de calificación penal y debe circunscribirse siempre en función de la objetividad y la razonabilidad.

Ahora, esta pretensión punitiva alternativa que establece el Código Procesal Penal podría determinar sus presupuestos y sus características de manera similar a las reglas de la pretensión alternativa y subordinada que establece el Código Procesal Civil en su artículo 87, asumiendo una estructura similar desde una teoría general del proceso, ¿o es que las pretensiones, en cada tipo de proceso, se estructuran de manera distinta por su propia naturaleza y la finalidad que persiguen? Por otro lado, ¿estas pretensiones punitivas alternativas pueden ser utilizadas solo cuando se llega al estadio de la etapa intermedia o podrían ser utilizadas desde el inicio de la investigación fiscal? Asimismo, ¿cómo será su análisis cuando se discuta una medida de coerción procesal?

Estas y muchas interrogantes más surgen cuando se analiza y se discute esta institución procesal que ha tenido poco tratamiento doctrinario y jurisprudencial. La finalidad del presente artículo de investigación es desentrañar la naturaleza y los fines de la acusación alternativa, sus principales escenarios de aplicación en todo el curso del proceso penal, su relación con el principio de favorabilidad penal, derecho de defensa y debida motivación, los principales retos y las vicisitudes que debe afrontar el representante del Ministerio Público al utilizar dicha figura procesal y otras cuestiones más.

2. SOBRE LA PRETENSIÓN PUNITIVA PENAL: NATURALEZA Y FINES

La pretensión punitiva penal se manifiesta y se materializa por excelencia a través de la acusación fiscal, pues es ahí donde el Ministerio Público requiere recién una sanción penal para los imputados. Para que el Poder Judicial pueda ejercer válidamente su *ius puniendi* a través de una sentencia, debe existir previamente una acusación fiscal (*nullum iudicium sine accusatione*), pues el Ministerio Público detenta a exclusividad en los delitos públicos el

ius persequendi, ello en congruencia con el octavo axioma del garantismo penal de Ferrajoli (2009).

Esta pretensión penal se caracteriza por ser el puente entre lo recabado en la investigación preparatoria y el juicio oral, en búsqueda de una sanción penal. Se materializa a través de un requerimiento acusatorio por parte del representante del Ministerio Público y debe cumplir de manera obligatoria con ciertos presupuestos formales y sustanciales. Su contenido constituirá la hoja de ruta de lo que se debatirá en juicio oral, pues así como en el proceso civil en la etapa de saneamiento se determinan los puntos controvertidos del proceso, en la etapa intermedia con la acusación fiscal se fijará la imputación fáctica, jurídica y probatoria final en contra del imputado que será materia de debate en el juicio oral. En ese mismo sentido, Lucana (2021) expresó que «la acusación fiscal, además de constituir una pretensión penal, es el núcleo del proceso penal, en tanto que abre las puertas para llevar el caso a juicio oral» (p. 77).

Cuando el representante del Ministerio Público inicia una investigación fiscal o formaliza la investigación preparatoria, no está generando propiamente un acto de postulación punitiva, sino una imputación progresiva y provisional como manifestación del ejercicio de la acción penal, que será objeto de contrastación a lo largo de toda la investigación, pues cabe la posibilidad de que no se emita un requerimiento acusatorio, sino uno de sobreseimiento; se desistiría así de emitir una pretensión punitiva y de continuar con el ejercicio de la acción penal. Para Oré (2013), «con el ejercicio de la acción penal no se persigue una sentencia favorable al actor ni condenatoria del imputado, simplemente que se lleve adelante la investigación, el proceso y concluya con la sentencia a que haya lugar» (p. 380). Entonces, la naturaleza de la pretensión punitiva consiste en que es una manifestación por excelencia de la acción penal del Ministerio Público, que tiene como finalidad la búsqueda

de una sanción penal en contra de determinadas personas, y sirve como eje central de lo que se discutirá en el juicio oral.

3. LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA: CONCEPTUALIZACIÓN, DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LAS PRETENSIONES DEL PROCESO CIVIL PERUANO

La acusación alternativa es en esencia otra pretensión punitiva del Ministerio Público, pues cuenta con su propia calificación jurídica y sanción penal, a pesar de que comparta los mismos imputados, hechos y medios de prueba con la calificación jurídica principal. Entonces, plasmar en un requerimiento fiscal una calificación jurídica principal y una alterna no es más que reunir dos pretensiones punitivas del Ministerio Público en un solo documento. Muy parecido resulta con la acumulación objetiva originaria de pretensiones del Código Procesal Civil, que a través de su artículo 87 regula las pretensiones subordinada, alternativa y accesorio. La primera se da cuando «la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada»; la segunda tiene lugar cuando «el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir»; y la tercera aplica cuando «habiéndose varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás».

El Código Procesal Penal peruano ha optado por incorporar solamente en su normativa a las calificaciones jurídicas alternativas como pretensiones alternas, por lo que ameritaría verificar si su regulación sigue la esencia del Código Procesal Civil.

Debemos partir indicando que la forma de accionar en el proceso civil y en el penal es distinta. Para el proceso penal el ejercicio de la acción penal para delitos públicos lo tiene monopolícamente el Ministerio Público, que de acuerdo con Neyra (2010) «actúa en el proceso penal con independencia de criterio y adecua sus actos a un criterio objetivo» (p. 228); y en el proceso civil lo

tiene todo ciudadano con legitimidad para obrar. Por otro lado, en el proceso penal existe la persecución penal pública obligatoria de las personas que han cometido un delito y su correspondiente sanción penal a través de una pena, mientras que en el proceso civil se discuten derechos e intereses privados que no son de obligatoria acción y continuación, sino que depende de la voluntad de las partes y su impulso. En ese escenario, se podría indicar que la forma en que se materializan las pretensiones en ambos tipos de procesos difiere en uno y otro caso, por lo que no podría compartir los mismos presupuestos para su materialización, pero sí algunas características generales.

En el proceso penal se descartaron los tipos de pretensiones punitivas accesorias, ya que una persona no puede ser condenada por delitos accesorios al principal cuando cada delito es independiente por sí mismo y necesita su propio acervo probatorio. En el proceso penal no puede operar la aprobación automática de pretensiones punitivas por el simple hecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Tampoco podría operar ello en materia de medidas cautelares personales o reales.

Respecto a la pretensión alternativa del proceso civil en contraposición con la pretensión alternativa penal, es un imposible jurídico que sea el investigado quien decida el delito por el cual va a ser sentenciado, así como lo propugna el proceso civil, lo más idóneo es manejar una conceptualización propia para el derecho procesal penal.

Ahora, la jurisprudencia penal peruana no ha hecho una diferencia como tal de una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria. Es más, ni el propio Código Procesal Penal lo ha realizado, como sí lo ha hecho el Código Procesal Civil. Por ejemplo, la Casación n.º 696-2015-Arequipa en su fundamento cuarto indicó:

La acusación alternativa o subsidiaria tiene como antecedente próximo y principal el llamado principio de determinación alternativa —ahora denominado desvinculación procesal— que es un mecanismo procesal por el cual el juez o el tribunal realiza una readecuación de la calificación jurídica [...]

La acusación alternativa se presenta cuando, respecto de un mismo hecho, se acusa con más de una calificación jurídica. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017b)

Por su parte, la Casación n.º 82-2012-Moquegua en sus fundamentos cuarto, parte *in fine*, y quinto estableció que

La acusación alternativa se presenta cuando un mismo hecho se acusa con más de una calificación jurídica. El fiscal, frente a ese único hecho, señala alternativa o subsidiariamente, las circunstancias que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al principal. Estas figuras proceden cuando, frente a un mismo hecho, hay más de una ley penal que, en apariencia, discute al hecho. Por lo que se entiende que, la imposición de una de ellas desplaza a la otra u otras calificaciones jurídicas que fueron establecidas de manera alternativa o subsidiaria. [...]

Quinto. [...] el Fiscal al momento de emitir su acusación puede indicar —la calificación jurídica— una pretensión principal y también una alternativa o subsidiariamente, pues si indicaran hechos distintos ya no cabría plantear pretensiones alternativas, porque se trataría de diferente acto delictivo que deberían ser calificadas [*sic*] de forma autónoma o independiente. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013)

Posteriormente, las casaciones n.º 617-2015-Huaura (fundamento 6.49) y n.º 723-2017-Apurímac (fundamento jurídico segundo) ratificaron lo establecido en la Casación n.º 82-2012-Moquegua.

Luego, de manera clarificadora la Casación n.º 790-2018-San Martín en su fundamento jurídico segundo determinó:

El Código Procesal Penal califica erróneamente de «alternativa o subsidiaria». En pureza se trata del expreso reconocimiento de las denominadas «pretensiones subordinadas» —también llamadas «eventuales»—, pues, conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil, en este caso la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal por defectos de prueba sea desestimada, por lo que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional debe absolver por la pretensión principal y condenar por la pretensión subordinada si la prueba así lo confirma —el pronunciamiento de la pretensión subordinada está claramente condicionada a la suerte de la pretensión planteada como principal—. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019)

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 03057-2008-PHC/TC, en su fundamento 9, dispuso:

El Ministerio Público puede establecer calificaciones legales alternativas en las que puedan ser subsumidos los hechos imputados en caso de que el órgano jurisdiccional considere que los hechos probados deben ser subsumidos en un tipo penal y no en otro. Asimismo, pueden incluirse calificaciones legales alternativas en las que se pueda subsumir el hecho en caso de que dentro del juicio no haya podido ser demostrada determinada circunstancia que conforma la imputación principal. En todos estos casos, la posibilidad de que el imputado sepa de antemano las posibles opciones de subsunción del hecho materia de proceso, porque la acusación incluyó todas estas posibilidades, le permitirá un mejor ejercicio del derecho de defensa.

De las jurisprudencias expuestas se puede extraer que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú inicialmente no estableció una diferencia rayana entre una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria, pues siempre se utilizaba de manera conjuntiva ambas; sin embargo, con la Casación n.º 790-2018-San Martín se determinó que estos tipos de pretensiones no son ni alternativas ni subsidiarias, sino subordinadas, de acuerdo con el artículo 87 del Código Procesal Civil, y no hay más necesidad en la doctrina y jurisprudencia de establecer una diferencia entre la alternatividad y la subsidiariedad para el proceso penal. En cambio, para cierto sector de la doctrina, como Del Río (2010), Vásquez (2021), Gálvez et al. (2008) y Lucana (2021), sí existe una diferenciación entre alternatividad y subsidiariedad. Para el primero, tanto el tipo penal principal como el alternativo no deben pertenecer a una misma familia de delitos y deben tener los mismos hechos; mientras que para el segundo necesariamente deben pertenecer a una misma familia de delitos y los mismos hechos, en la cual cuando quede descartada la agravante, se pasa subsidiariamente al tipo penal base. Como se puede advertir, no hace más que generar confusión para los operadores de justicia la distinción entre alternatividad y subsidiariedad, motivo por el cual es acertada la unificación de la Corte Suprema de Justicia del Perú en su Casación n.º 790-2018-San Martín.

Así, la acusación alternativa o subsidiaria, bajo una conceptualización propia del derecho procesal penal, sería aquella que utiliza el Ministerio Público cuando el hecho objeto de proceso penal puede calificar en otro delito distinto a la calificación principal. Ello se materializaría en una pretensión punitiva alterna en el requerimiento acusatorio. Luego del debate probatorio en el juicio oral, el juez penal deberá determinar el tipo penal aplicable sentenciando con la calificación alternativa solo ante el decaimiento probatorio de la calificación principal.

Esta definición propia del derecho procesal penal respecto a la calificación alternativa y subsidiaria, a pesar de las diversas conceptualizaciones que se le pretenda dar, no hace más que fortalecer la hermenéutica jurídica y marcar un distanciamiento propio del proceso civil, pues a pesar de que exista una teoría general del proceso con rasgos generales para todo tipo de proceso (Diddier, 2015), ambos se materializan de distinta forma.

4. OPORTUNIDAD DE USO DE LA CALIFICACIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con la propia redacción típica del artículo 349, numeral 3, del Código Procesal peruano se puede desprender que la calificación alternativa se encuentra regulada para la etapa intermedia a través de un requerimiento acusatorio; sin embargo, de la revisión del artículo 336, numeral 2, literal b, del Código Procesal Penal peruano se advierte que el representante del Ministerio Público en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria puede también consignar tipificaciones alternativas, es decir, la calificación alternativa no es una institución exclusiva de la etapa intermedia, sino que puede usarse igualmente en la investigación preparatoria. En la práctica se puede apreciar que en muchas investigaciones fiscales se utiliza la calificación alternativa desde la investigación preliminar o investigación preparatoria.

Ahora, en la investigación preparatoria no se puede tomar la calificación alternativa como una pretensión punitiva alterna, pues no se está solicitando una pena concreta contra los imputados, ya que aún el caso se encuentra en plena etapa de investigación, sino solamente como una manifestación del ejercicio de la acción penal y de la dirección de la investigación por parte del representante del Ministerio Público de poder determinar una hipótesis de calificación alterna de acuerdo con su estrategia de investigación.

La variación de la calificación jurídica principal no solo se encuentra regulada en la etapa intermedia o investigación preparatoria, sino también, *mutatis mutandis*, en el juicio oral a través de la institución de la desvinculación procesal y la acusación complementaria. En dichos escenarios el juez penal puede desvincularse de la calificación jurídica inicial del Ministerio Público en su sentencia, previa advertencia de ello hacia las partes y de una acusación complementaria del Ministerio Público, pues de acuerdo con el artículo 397 del Código Procesal Penal, el juez no puede sentenciar por un delito distinto al postulado por el Ministerio Público. Para Escobar (2009), «la figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal» (p. 104).

La calificación alternativa en la investigación preparatoria, en la etapa intermedia y, *mutatis mutandis*, en el juicio oral, exige que se respete el derecho de defensa de los imputados, esto es, correr traslado, con la anticipación debida, de la calificación alterna a fin de que ejerzan su derecho de contradicción y ofrecimiento de medios probatorios. Entonces se puede desprender que son presupuestos para su utilización: a) comunicación válida y oportuna; b) oportunidad de contradicción; c) oportunidad de aporte probatorio.

Respecto a la comunicación oportuna, significa que el Ministerio Público debe informar o poner en conocimiento válidamente a los imputados que, en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia, se está manejando una calificación jurídica alterna. No bastará solo con poner formalmente en conocimiento la calificación alterna, sino que esta debe tener la suficiente justificación (interna y externa) para que el imputado conozca por qué su actuar encajaría en otra calificación distinta a la principal. De acuerdo con Liza (2022), hay falta de justificación interna cuando «no existe mínimamente una estructura silogística de las premisas seleccionadas

para resolver la controversia, esto es, premisa mayor (o normativa), premisa menor (o fáctica) y conclusión (decisión o pronunciamiento). Ello impide que el razonamiento siga un orden lógico» (p. 300); y existe falta de justificación externa cuando:

No se corrobora, no se fundamenta, menos se analiza la validez y la solidez de las premisas normativas y fácticas del razonamiento seleccionadas para asumir la posición del caso. Así tenemos que, en cuanto a la premisa jurídica, particularmente respecto a la norma, no se contrasta su vigencia en el ordenamiento jurídico, su sentido y su alcance jurídico, su pertinencia y su relevancia para resolver el caso; por otra parte, en relación con la premisa fáctica, orientada a precisar los hechos informados y la interacción de todos los medios probatorios, de igual forma, poco o nada se hace para reforzar fácticamente las premisas y asumir una convicción sólida en este extremo. (pp. 300-301)

Ahora, en cuanto a la oportunidad de contradicción, significa que luego de conocer motivadamente los argumentos de la calificación alternativa, el imputado pueda tener la oportunidad de ejercer, en el estadio en que se encuentre, las instituciones procesales de defensa que correspondan con la finalidad de contradecir la calificación alternativa, pues cabe la posibilidad de que a través de un medio técnico de defensa se pueda archivar o sobreseer la calificación alternativa, sin necesidad de llegar al juicio oral, pues si desde la investigación preparatoria se utiliza la calificación alternativa, esto significa que los actos de investigación de cargo o de descargo también estarán enfocados en corroborar o desacreditar esta calificación alternativa en aras de que el representante del Ministerio Público dilucide mejor la imputación jurídica. También podría surgir el escenario de que a través de un medio técnico de defensa se archive o sobresea la calificación jurídica principal, quedando solo

la calificación jurídica alternativa para la investigación preparatoria o la etapa intermedia, pues justamente esta entra a tallar ante el decaimiento de la calificación principal.

En relación con la oportunidad de aporte probatorio, el imputado no solo debe tener la facultad de ejercer defensas netamente jurídicas a través de determinadas instituciones procesales, como los medios técnicos de defensa, sino también la capacidad de requerir que se realicen determinados actos de investigación de descargo o aportar con pruebas para el proceso a fin de que se garantice de manera global y completa el derecho de defensa del imputado respecto a la calificación alternativa.

En la investigación preliminar también se puede hacer uso de la calificación jurídica alternativa, pues al ser la etapa inicial y más gaseosa en la determinación de los hechos y la imputación jurídica, se podría manejar la calificación alternativa con el objetivo de que sea la investigación preliminar la que vaya contrastando las hipótesis delictivas. Por otro lado, bajo el principio lógico del derecho de «el que puede lo más puede lo menos» (Suárez y Conde, 2009, p. 32), si para etapas más avanzadas como la investigación preparatoria formalizada, la etapa intermedia y el juicio oral se permite la utilización de calificaciones alternativas, con mucha más razón justificaría su uso para la investigación preliminar, que es la etapa inicial de realización de diligencias con el fin de corroborar los hechos denunciados y su delictuosidad de ser el caso. Ello permitiría garantizar el derecho de defensa del investigado respecto a calificaciones jurídicas alternas desde una etapa temprana, sin necesidad de esperar que avance el proceso penal para poder realizar recién ello.

5. OPORTUNIDAD DE USO EN LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Como se indicó en líneas *ut supra*, en la disposición de formalización de la investigación preparatoria formalizada el Ministerio Público puede indicar tipificaciones jurídicas alternativas que serán materia de corroboración en la investigación fiscal. Ahora, de ser el caso que el representante del Ministerio Público, además de emitir su disposición de formalización de la investigación preparatoria con calificación alternativa, requiera una medida cautelar de prisión preventiva, como sería el desarrollo de la audiencia y el análisis jurídico respecto a esta calificación alternativa, ¿se tendrán que discutir los presupuestos de la medida cautelar por cada delito o es que acaso solo se debe discutir la calificación jurídica principal, ya que la alternativa recién entrará a tallar en el juicio oral?

En las medidas cautelares personales se exige generalmente que el delito objeto de investigación tenga una prognosis de pena superior a los cuatro años, el *fomus bonus delicti* y el peligro procesal. De acuerdo con Cáceres (2009), «la imposición de medidas cautelares debe incluir conjuntamente con la valoración de los presupuestos materiales, los principios y derechos fundamentales del justiciable» (p. 28). Estos dos últimos presupuestos varían en intensidad según la medida que se solicite.

En el caso de la prisión preventiva, resulta necesario que en la audiencia se discutan ambos tipos penales, tanto el principal como el alternativo, y que la resolución judicial resuelva sobre ambos, pues para el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción, ambos delitos deben tener el grado de intensidad de sospecha grave, fuerte o vehemente. Ello ya que de ser el caso que aparezcan nuevos elementos de convicción que hagan decaer la intensidad de la sospecha para la calificación principal, pero aún se mantenga la intensidad de sospecha grave para el tipo penal alternativo, se tendría que mantener incólume la prisión preventiva como tal,

pues aún existe un delito con elementos de convicción graves que necesitaría el aseguramiento del imputado hasta el juicio oral para garantizar los fines del proceso penal. Si los nuevos elementos de convicción decaen la intensidad de sospecha para ambas calificaciones, inevitablemente se generaría un cese de prisión preventiva o lo que corresponda conforme a ley. En el mismo sentido, si el juez de investigación preparatoria solo advierte una intensidad de sospecha grave o fuerte para una de las calificaciones, tendría que de igual forma imponerse mandato de prisión preventiva, pues necesitaría el aseguramiento del imputado hasta el juicio oral para garantizar los fines del proceso penal.

En el escenario del presupuesto de prognosis de la pena, si el representante del Ministerio Público, en su requerimiento de prisión preventiva, para ambos tipos penales, tanto principal como alternativo, solicita más de cuatro años de pena privativa de libertad, no habría ningún problema; sin embargo, si el tipo penal principal es el único que tiene la prognosis de pena superior a cuatro años y en el ínterin del proceso decae la calificación principal, no se podría sostener la prisión preventiva solo con la calificación alternativa a pesar de que cuente con sospecha fuerte, grave o vehemente.

Respecto a los peligros procesales (fuga y obstaculización), como son presupuestos que no dependen tanto de la calificación jurídica del proceso penal, sino de la actitud del imputado en el proceso, no tendría mucha incidencia la calificación alternativa para estos.

Ahora, para el caso de la detención preliminar judicial, impedimento de salida del país y comparecencia con restricciones, se deberán seguir los mismos lineamientos generales antes descritos para la prisión preventiva, pero aplicables a sus propias particularidades como medidas menos intensas procesalmente hablando.

6. SOBRE LA UNIDAD EN LA TIPIFICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con el principio de unidad de la tipificación penal (Caro, 2005, pp. 340-342), todo hecho debería subsumirse solo en un delito, y ante un escenario de conflicto aparente de normas penales¹ o concurso de delitos², se debe resolver por los principios de absorción, especialidad y consunción (respecto al primero) y concurso ideal o real de delitos (respecto al segundo). Por otro lado, para los novedosos delitos conexos-subsiguientes, en términos de Balmaceda (2017), estos también tendrían que resolverse sobre la base de la conexidad procesal, accesoriedad o doctrina de los concursos, y no tienen relación intrínseca con las calificaciones alternativas.

Ahora, las calificaciones alternativas parecería que infraccionarían estos preceptos, pues el Ministerio Público postularía más de una calificación legal por un mismo hecho, lo que podría denotar aparentemente signos de falta de decisión y certeza, que deberían resolverse bajo la elección plena de una calificación penal para todo el proceso penal, con los riesgos que ello implique. Sin embargo, la institución de la calificación alternativa significa que el representante del Ministerio Público, a pesar de tener a la mano los principios que resuelven el conflicto aparente de normas penales o concurso de delitos, no puede determinar rayanamente la calificación legal aplicable, pues para ello necesitaría de la actuación de los medios probatorios en juicio oral y no solo un análisis *a priori* de los

1 «La diferencia del concurso aparente de leyes con el concurso ideal es que precisamente en el concurso aparente hay unidad de ley en tanto que en el concurso ideal hay pluralidad de leyes» (Villavicencio, 2006, p. 711).

2 «Así, los concursos de delitos son casos de concurrencia de tipos penales sin que ninguno excluya al otro —como el caso del concurso aparente de leyes— en los que se afectan diferentes normas penales» (Villavicencio, 2006, p. 680).

elementos de convicción que conforman el proceso penal. Lo que trata de evitar esta institución jurídica de la calificación alternativa es la impunidad del delito, en la que, por una errónea calificación jurídica en el proceso, el agraviado del delito no pueda obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

Toda parte en cualquier proceso tiene la opción de pretender, ya sea principal, alternativa, subordinada o subsidiariamente, aquello que considere pertinente siempre y cuando esté motivado y ajustado a ley, ya que será finalmente el juez como conocedor del derecho (*iura novit curia*) quien determine la pretensión amparable. No nos debemos olvidar de que el Ministerio Público, si bien es un órgano constitucionalmente autónomo y titular de la acción penal, no deja de ser una parte del proceso penal y como tal tiene la facultad de plasmar las pretensiones que considere pertinentes, como lo puede hacer cualquier otra parte del proceso penal.

Ahora, se podría postular que, en mérito al principio de favorabilidad penal, ante la no certeza o decisión del Ministerio Público de escoger una sola calificación legal se deba optar por resolver siempre por el delito menos grave para el imputado, lo cual generaría que se vacíe de contenido y no se utilice la institución de la calificación alternativa.

De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, la favorabilidad penal opera solamente en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Cuando el Ministerio Público utiliza la calificación alternativa necesita de actuación probatoria para poder determinar que el hecho se subsume en uno u otro tipo penal y no solo un análisis *a priori* de los elementos de convicción, pues siempre postula una calificación principal y como tal es la que ha escogido para el caso penal. Asimismo, en favor del principio de justicia y para evitar impunidad, se manejan pretensiones alternas o subordinadas, ya que existe también una tutela jurisdiccional efectiva de la víctima que se tiene que cumplir. Si la calificación

legal probada es la que contiene la pena más grave, no se puede automáticamente sentenciar por el delito menos leve en aras de la favorabilidad penal, porque el hecho es uno solo y debe ser subsumido en un solo delito independientemente de su gravedad. La calificación alternativa gira en torno al tema probatorio y la favorabilidad penal opera más que todo en problemas de interpretación de normas y su aplicación en el tiempo.

7. CONCLUSIONES

7.1. La naturaleza de la pretensión punitiva es una manifestación por excelencia de la acción penal del Ministerio Público, cuya finalidad es la búsqueda de una sanción penal en contra de determinadas personas, y sirve como eje central de lo que se discutirá en el juicio oral.

7.2. La acusación alternativa es, en esencia, otra pretensión punitiva del Ministerio Público, pues cuenta con su propia calificación jurídica y sanción penal, a pesar de que comparte los mismos imputados, hechos y medios de prueba con la calificación jurídica principal.

7.3. La Corte Suprema de Justicia del Perú inicialmente no estableció una diferencia rayana entre una calificación jurídica alternativa de una subsidiaria, ya que siempre se utilizaban de manera conjunta ambas; sin embargo, con la Casación n.º 790-2018-San Martín, se llegó a determinar que estos tipos de pretensiones no son ni alternativas ni subsidiarias, sino subordinadas, de acuerdo con el artículo 87 del Código Procesal Civil, y no hay más necesidad de establecer una diferencia entre la alternatividad y la subsidiariedad.

7.4. La calificación alternativa en la investigación preparatoria, en la etapa intermedia y, *mutatis mutandis*, en el juicio oral, exige que se respete el derecho de defensa de los imputados, esto es, correr traslado, con la anticipación debida, de la calificación alterna a

fin de que ejerzan su derecho de contradicción y ofrecimiento de medios probatorios.

7.5. En el caso de la prisión preventiva, resulta necesario que en la audiencia se discutan ambos tipos penales, tanto el principal como el alternativo, y la resolución judicial resuelva sobre ambos, pues para el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción, estos delitos deben tener el grado de intensidad de sospecha grave, fuerte o vehemente.

8. RECOMENDACIONES

8.1. Que el Ministerio Público utilice la acusación o calificación alternativa en los procesos penales cuando el escenario así lo amerite (excepcionalidad) y de manera motivada, justificada, proporcionada y razonable.

8.2. Que se modifique el artículo 349.3 del Código Procesal Penal a fin de que se emplee una redacción que no genere confusión entre alternatividad y subsidiariedad; lo ideal es que se elimine el término subsidiario.

REFERENCIAS

Arana, M. y Bernabé, E. (2016). *Acusación alternativa dentro del contexto del derecho de defensa en nuevo proceso penal* [Tesis de licenciatura]. Universidad Señor de Sipán.

Arbulú, V. (2015). El control de la acusación fiscal en la etapa intermedia. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100727_01.pdf

Armenta, T. (1998). Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no. *Ius et Veritas*, 9(16), 216-230. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15774/16208>

- Balmaceda, J. (2017). *Delitos conexos-subsiguientes*. Fondo Editorial USIL.
- Cáceres, R. (2009). *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal*. Jurista Editores.
- Caro, J. A. (2005). ¿Combinación de leyes penales? En J. Hurtado (dir.), *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal* (pp. 333-351). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial; Universidad de Friburgo.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Casación n.º 82-2012-Moquegua. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de abril de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017a). Casación n.º 617-2015-Huaura. Sala Penal Transitoria. Lima: 10 de enero de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2017b). Casación n.º 696-2015-Arequipa. Sala Penal Permanente. Lima: 16 de octubre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 723-2017-Apurímac. Sala Penal Permanente. Lima: 15 de noviembre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación n.º 790-2018-San Martín. Sala Penal Permanente. Lima: 13 de noviembre de 2019.
- De Luca, J. (2010, septiembre). Acusación, su ampliación, imputación alternativa, defensa y congruencia. *Suplemento Penal y Procesal Penal* [Suplemento extraordinario], 140-148.
- Del Río, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara Editores.
- Diddier, F. (2015). *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Raguel Ediciones.

- Escobar, C. (2009). Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5(5), 103-112. <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.181>
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Gimeno, G. (2012). *Derecho procesal penal*. Civitas.
- Gálvez, T., Rabanal, W. y Castro, H. (2008). *El Código Procesal Penal: comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores.
- Iuspa, F. J. (2015). La acusación en el nuevo Código Procesal de la nación. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamiento penal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41097.pdf>
- Liza, L. M. (2022). Importancia de la motivación de las resoluciones. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(18), 289-304. <https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.610>
- Lucana, N. (2018). *Acusación alternativa o subsidiaria prevista en el Código Procesal Penal como instrumento de vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales* [Tesis de maestría]. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Lucana, N. (2021). *La acusación en el proceso penal constitucionalizado*. San Bernardo Editores.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal I. Fundamentos* (2.^a ed.). Editores del Puerto.
- Neyra, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. IDEMSA.
- Oré, A. (2013). *Manual de derecho procesal penal* (t. I). Reforma.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.^a ed.). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. IDEMSA.

Suárez, M. y Conde, N. (2009). *Argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Tribunal Constitucional (2008). Expediente n.º 03057-2008-PHC/TC. Lima: 30 de junio de 2010.

Vásquez, M. (2021). *Código Procesal Penal comentado* (2.ª ed., t. III). Gaceta Jurídica.

Villavicencio, F. A. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.